

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
7. Mai 1998

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: B 11 AL 81/97 R

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:

.....

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 1998 durch den Vorsitzenden Richter **S a t t l e r**, die Richterin **Dr. W e t z e l - S t e i n w e d e l** und den Richter **L ü d t k e** sowie den ehrenamtlichen Richter **G ü n t h e r** und die ehrenamtliche Richterin **H a a s e** für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 19. August 1997 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat der Klägerin die außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits zu 9/10 zu erstatten; im übrigen sind Verfahrenskosten nicht zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



G r ü n d e :

I

Der Rechtsstreit betrifft nur noch die Erstattung von Arbeitslosengeld (Alg) und Versicherungsbeiträgen, die die beklagte Bundesanstalt für Arbeit (BA) in Höhe von 12.571,60 DM in der Zeit vom 23. Juli bis 22. Oktober 1994 dem früheren Arbeitnehmer der Klägerin - E. M. (M) - gezahlt hat.

Der am 23. Juli 1936 geborene M war bei der Klägerin von 1963 bis 1993 - zuletzt als Vertriebsbeauftragter für Datenverarbeitung - beschäftigt. Von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung war er befreit und entrichtete Beiträge zu einer befreienden Lebensversicherung. Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber war tarifvertraglich ausgeschlossen. Am 14. September 1993 schloß die Klägerin mit M einen Aufhebungsvertrag, durch welchen das Arbeitsverhältnis einvernehmlich zum 31. Dezember 1993 gegen Zahlung einer Abfindung von 137.412 DM endete.

Im Dezember 1993 meldete sich M, der der Steuerklasse III angehörte, zum 1. Januar 1994 arbeitslos und beantragte Alg. Im Antragsvordruck verneinte er Fragen nach Arbeitsunfähigkeit, gesundheitlicher Überforderung durch die letzte Beschäftigung sowie Bezug von Lohnersatzleistungen und Anträgen auf solche Leistungen. Die Klägerin verneinte in der Arbeitsbescheinigung Unterbrechungen der Zahlung von Arbeitsentgelt während der letzten sieben Jahre für mehr als vier Wochen. Sie gab an, M habe in den abgerechneten letzten Kalendermonaten seiner Beschäftigung bei einer wöchentlichen tariflichen Arbeitszeit von 36 Stunden im Juli 1993 11.466,76 DM; August 1993 11.708,21 DM; September 1993 17.564,48 DM; Oktober 1993 11.457,45 DM; November 1993 11.310,67 DM sowie Dezember 1993 11.008,21 DM Bruttoarbeitsentgelt erzielt. Mit Bescheid vom 25. April 1994 bewilligte die BA Alg ab 1. April 1994 nach Leistungsgruppe C/Kindermerkmal O entsprechend einem wöchentlichen Bemessungsentgelt von 1.770 DM Alg in Höhe von wöchentlich 666 DM für eine vorläufige Anspruchsdauer von 760 Tagen.

Auf ein Formularschreiben der BA vom 25. April 1994 zur beabsichtigten Erstattung von Alg warf die Klägerin Fragen zum Ergebnis eines Gutachtens des ärztlichen Dienstes, der Prüfung von Verfügbarkeit und Nahtlosigkeitsregelung, von Anfragen bei anderen Sozialversicherungsträgern über Leistungen und den Angaben des Arbeitslosen auf. Im übrigen machte sie verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Erstattungs Vorschrift geltend. Die BA teilte der Klägerin mit Schreiben vom 27. Juli 1994 mit, gesundheitliche Gründe für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses habe M nicht angegeben, er habe auch seine Arbeitsbereitschaft nicht eingeschränkt. Unter diesen Umständen sei eine ärztliche Untersuchung nicht erforderlich. Mangels sonstiger Anhaltspunkte für einen Ausschluß



der Erstattungspflicht sei die BA nicht gehalten, "einem Phantom nachzujagen". Mit Bescheid vom 21. November 1994 stellte die BA die Verpflichtung der Klägerin fest, das Alg sowie die hierauf entfallenden Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung ab 23. Juli 1994 für längstens 624 Tage zu erstatten, da Umstände, die der Erstattungspflicht entgegenständen, nicht vorgetragen und auch nach Aktenlage nicht erkennbar seien. M erfülle nicht die Voraussetzungen für eine anderweitige Sozialleistung, die die Erstattung des Alg ausschließen könne. Mit dem Widerspruch machte die Klägerin geltend, die BA sei zu umfassender Amtsermittlung unabhängig vom Bestehen von Anhaltspunkten für Ermittlungen verpflichtet. In vierteljährlichem Rhythmus sei eine ärztliche oder psychologische Untersuchung durchzuführen. Aufhebungsverträge müßten sozial gerechtfertigten Kündigungen gleichgestellt werden, bei denen im übrigen die Sozialauswahl nicht geprüft werden dürfe. Eine unzumutbare Belastung des Arbeitgebers sei nicht erst im Fall der Existenzgefährdung gegeben. Im Widerspruchsbescheid vom 20. Dezember 1995 führte die BA aus, die Fälle der Unzumutbarkeit der Erstattung seien mit der Existenzgefährdung oder der Gefährdung von weiteren Arbeitsplätzen hinreichend erfaßt. Ohne konkrete Anhaltspunkte könne sie Arbeitslose nicht auffordern, sich ärztlich untersuchen zu lassen, schon gar nicht in regelmäßigen Abständen. M habe die auf gesundheitliche Einschränkungen bezogenen Fragen bei der Arbeitslosmeldung verneint. Aufhebungsverträge seien sozial gerechtfertigten Kündigungen nicht gleichzustellen.

Für den Abrechnungszeitraum 23. Juli bis 22. Oktober 1994 forderte die BA insgesamt 12.571,60 DM (Alg für 79 Leistungstage: 8.769 DM, Beiträge zur Krankenversicherung 2.118,95 DM und Beiträge zur Lebensversicherung 1.683,65 DM) von der Klägerin (Bescheid vom 22. Dezember 1995 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. März 1996). Die gegen diese Bescheide gerichtete Klage hat das Sozialgericht (SG) mit Urteil vom 14. Januar 1997 abgewiesen.

Während des Berufungsverfahrens hat die Beklagte im März 1997 weitere Bescheide für Leistungszeiträume vom 23. Oktober 1994 bis 8. August 1996 über insgesamt 97.636,79 DM mit dem Hinweis erlassen, diese würden Gegenstand des Berufungsverfahrens. Das Landessozialgericht (LSG) hat das Urteil des SG und den Bescheid der BA vom 10. März 1997 im Erstattungsbetrag geringfügig geändert, im übrigen aber die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat das LSG ausgeführt, die Ermächtigung der BA zum Erlaß von "Grundbescheiden" ergebe sich aus § 128 Abs 1 und 6 iVm § 146 Arbeitsförderungs-gesetz (AFG). Auf eine Verletzung der Anhörungspflicht könne die Klägerin sich nicht berufen. Ob das Anhörungsschreiben den gesetzlichen Anforderungen genüge, könne offenbleiben. Aus dem "Grundbescheid" vom 21. November 1994 habe die Klägerin alles Wesentliche ersehen und sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen äußern können. Die von der Klägerin geltend gemachten Mängel der Sachaufklärung seien nicht geeignet,



einen Anhörungsfehler zu begründen. Verfassungsrechtlich entspreche die Erstattungsvorschrift als Berufsausübungsregelung mit Lenkungsfunction der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG). Eine Erstattungspflicht treffe den Arbeitgeber nur dann, wenn er besondere Verantwortung für den Eintritt der Arbeitslosigkeit älterer Arbeitnehmer habe. Die Klägerin könne auch nicht mit ihrer Rüge durchdringen, die negative Tatbestandsvoraussetzung der Erstattung - das Fehlen anderweitiger Sozialleistungsansprüche des früheren Arbeitnehmers der Klägerin - sei nicht hinreichend aufgeklärt. In diesem Zusammenhang sei die ergänzende Vorschrift des § 128 Abs 8 AFG zu beachten, der die Mitwirkung des Arbeitslosen im Erstattungsverfahren umschreibe. Im übrigen bestehe zu Ermittlungen ohne konkreten Anhaltspunkt ("ins Blaue hinein") auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten keine Verpflichtung. Nach Überzeugung des LSG hätten M anderweitige Ansprüche auf Lohnersatzleistungen nicht zugestanden. Ihrer Erstattungspflicht könne die Klägerin auch keinen der Befreiungstatbestände des § 128 Abs 1 Satz 2 und des Abs 2 AFG entgegenhalten. Insoweit fordere das Gesetz substantiierten Sachvortrag, der mit bloßen Behauptungen nicht zu erfüllen sei. Entgegen der Ansicht der Klägerin ständen im Rahmen des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG Aufhebungsverträge sozial gerechtfertigten Kündigungen nicht gleich. Das sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Eine unzumutbare Belastung iS des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG habe die Klägerin für die Jahre ab 1994 nicht geltend gemacht. Auch die Fassung dieser "Härteregelung" entspreche verfassungsrechtlichen Maßstäben.

Die Klägerin rügt die Verletzung des § 128 AFG, der § 20, 24 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren (SGB X) sowie der Art 12 Abs 1, Art 20 Grundgesetz (GG) iVm Art 2 Abs 1 und Art 3 Abs 1 GG.

Die BA habe die Voraussetzungen für anderweitige Sozialleistungsansprüche von Amts wegen aufklären müssen. Diese Notwendigkeit bestehe auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, weil ggf die Verantwortung der Klägerin für die Arbeitslosigkeit ihres früheren Arbeitnehmers zu verneinen sei. Der Arbeitgeber habe nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr die Möglichkeit, zur Sachaufklärung beizutragen. Insofern sei der Regelfall für die Bestimmung der Grenzen der Amtsermittlungen nicht gegeben, wonach ein Antragsteller in der Lage sei, Anhaltspunkte für die Amtsermittlung zu bieten. Kläre im Zusammenhang mit der Erstattungspflicht von Arbeitgebern die BA den Sachverhalt nicht umfassend auf, werde der Arbeitgeber zum bloßen Objekt des Verfahrens. Aus diesem Grunde schulde der Arbeitslose nach § 128 Abs 8 AFG der BA die erforderliche Mitwirkung zur Klärung der Erstattungsvoraussetzungen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit werde verletzt, wenn Anhaltspunkte für das Bestehen entscheidungserheblicher Tatsachen gefordert würden. Die BA müsse in jedem Einzelfall die erforderliche Basis für den Erstattungsanspruch klären, ohne daß es einen bestimmten Anhaltspunkt für anspruchsvernichtende Tatsachen gebe. Entgegen den Dienstblatt-Runderlassen 11/93 und 11/94 zu § 128 AFG sei im Rahmen des § 128 AFG nicht auf die allgemeinen ver-



waltungsverfahrensrechtlichen Grundsätze abzuheben. Vielmehr sei in vierteljährlichen Abständen der Möglichkeit anderer Sozialleistungen nachzugehen. Das sei im vorliegenden Fall zum Nachteil der Klägerin unterblieben; schon deshalb seien die angefochtenen Bescheide rechtswidrig. Auch das rechtsstaatliche Gebot der Anhörung sei verletzt. Das Formalschreiben genüge nicht den gesetzlichen Anforderungen. Die Verletzung der Anhörungspflicht sei auch nicht im Widerspruchsverfahren geheilt worden. Die Erstattungsregelung entspreche jedenfalls hinsichtlich einzelner Tatbestandsvarianten nicht dem Verfassungsprinzip der Verhältnismäßigkeit. Da sie nur als einheitliche Regelung zu begreifen sei, lasse sie sich nicht mehr halten, wenn einzelne Teilstücke verfassungswidrig seien. Insoweit komme es nicht darauf an, ob gerade die Klägerin von verfassungswidrigen Tatbestandsvarianten betroffen sei. Eine besondere Verantwortung des Arbeitgebers an der Arbeitslosigkeit sei jedenfalls dann nicht festzustellen, wenn der frühere Arbeitnehmer eine andere Sozialleistung als Alg oder Arbeitslosenhilfe beanspruchen könne. Dies gelte auch, wenn er eine ihm zumutbare Tätigkeit nach § 105c AFG ablehne. Die Regelung des § 128 AFG berücksichtige dies nicht hinreichend. Mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sei insbesondere § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG nicht zu vereinbaren, weil der Aufhebungsvertrag nicht der sozial gerechtfertigten Kündigung gleichgestellt sei. Auch sei es nicht gerechtfertigt zwischen kündbaren oder unkündbaren Arbeitnehmern zu unterscheiden. Die Härteklausele des § 128 Abs 2 AFG werde der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht gerecht. Sie verstoße gegen Art 12 Abs 1 GG.

Nachdem die Beklagte in der mündlichen Verhandlung den Bescheid vom 21. November 1994 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20. Dezember 1995 und die im März 1997 ergangenen Bescheide zurückgenommen hatte, beantragt die Klägerin,

das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 19. August 1997, das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 14. Januar 1997 sowie den Bescheid vom 22. Dezember 1995 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. März 1996 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Sie hält die Revision für unbegründet und führt aus, die Klägerin habe zwar vor Erteilung des Abrechnungsbescheids vom 22. Dezember 1995 nicht Gelegenheit zur Äußerung erhalten. In der Widerspruchsschrift habe sie jedoch Argumente und ihren Standpunkt ausführlich dargelegt. Sie habe damit Gelegenheit gehabt, sich zu den für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen im Widerspruchsverfahren zu äußern, so daß die mangelnde Anhörung nach § 41 Abs 1 Nr 3 SGB X geheilt sei. Die Verfassungsmäßigkeit der Erstattungsvorschrift lasse sich aus der Rechtsprechung des BVerfG herleiten.



II

Die Revision der Klägerin gegen die Entscheidung des LSG zum Erstattungsbescheid vom 22. Dezember 1995 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. März 1996 ist nicht begründet.

Zutreffend hat das LSG erkannt, daß die Klägerin der BA das in der Zeit vom 23. Juli bis 22. Oktober 1994 gezahlte Alg einschließlich der auf diese Leistung entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und befreienden Lebensversicherung (§ 128 Abs 4 AFG) zu erstatten hat.

Nach § 128 Abs 1 Satz 1 AFG erstattet der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 104 Abs 2 AFG die Rahmenfrist bestimmt wird, mindestens 720 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat, der BA vierteljährlich das Alg für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen, längstens für 624 Tage. Diese Voraussetzungen sind nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG, die nicht mit Revisionsrügen angegriffen und damit für das Bundessozialgericht (BSG) bindend sind (§ 163 Sozialgerichtsgesetz <SGG>), erfüllt.

Die Klägerin hat M durchgehend seit 1963 bis einschließlich 1993 und damit innerhalb der letzten vier Jahre vor Eintritt der Arbeitslosigkeit am 1. Januar 1994 mindestens 720 Kalendertage beitragspflichtig beschäftigt. Während des Bezuges von Alg ab 23. Juli 1994 hatte der am 23. Juli 1936 geborene M das 58. Lebensjahr und bei Eintritt der Arbeitslosigkeit am 1. Januar 1994 das 56. Lebensjahr vollendet. Mit dem Erstattungsbescheid vom 22. Dezember 1995 hat die BA ausschließlich nach § 128 Abs 1 Satz 1 AFG fällige Erstattungsbeträge geltend gemacht und den Erstattungszeitraum von längstens 624 Tagen nicht überschritten.

Ohne Rechtsverletzung ist das LSG davon ausgegangen, daß M nicht auch die Voraussetzungen für eine der in § 118 Abs 1 Satz 2 Nrn 2 bis 4 AFG genannten Sozialleistungen (Krankengeld, Rente wegen Erwerbsunfähigkeit, Altersrente usw) oder Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt hat und ein solcher Tatbestand nach § 128 Abs 1 Satz 2 AFG der Erstattungspflicht nicht entgegensteht.

Auf eine Verletzung des Ermittlungsgrundsatzes kann sich die Klägerin insoweit nicht mit Erfolg berufen. Nach ständiger Rechtsprechung erfordert die amtliche Sachaufklärungspflicht - wie auch die Revision nicht verkennet - nicht, nach Tatsachen zu forschen, für deren Bestehen die Umstände des Einzelfalls keine Anhaltspunkte bieten (st Rspr: BSGE 78, 202, 213 = SozR 3-2600 § 43 Nr 13; BVerwGE 66, 237 f; die Erstattung nach § 128 AFG betreffend: Urteil des Senats vom 17. Dezember 1997 - 11 RAr 61/97 -). Eine Ver-



letzung des Ermittlungsgrundsatzes im Verwaltungsverfahren wäre nur erheblich, wenn sie zu einem anderen Verfahrensergebnis führen könnte (§ 42 Satz 1 SGB X). Gegebenenfalls hätten die Tatsacheninstanzen der Sozialgerichtsbarkeit nach § 103 SGG für weitere Sachaufklärung zu sorgen. Dazu bestand hier kein Anlaß. Mit dem erörterten Maßstab für die amtliche Sachaufklärungspflicht korrespondiert auch die Regelung der Mitwirkungspflicht des Arbeitslosen nach § 128 Abs 8 AFG. Dies verkennt die Revision, wenn sie für den Anwendungsbereich des § 128 AFG ein von der allgemein geltenden Regelung abweichendes Verständnis des Ermittlungsgrundsatzes fordert. Die Angaben von M über seinen Gesundheitszustand und über Anträge auf andere Sozialleistungen im Leistungsantrag sowie die Angaben der Klägerin in der Arbeitsbescheinigung ließen keinen Anhaltspunkt für weitere Ermittlungen erkennen. Eine Pflicht zur Einhaltung regelmäßiger formaler Rituale (vierteljährliche Vorladung von Arbeitslosen, Anfragen bei anderen Sozialleistungsträgern oder gar die körperliche Unversehrtheit berührender medizinischer und psychologischer Begutachtungen) läßt sich aus dem Ermittlungsgrundsatz nicht herleiten. Den Umfang der Amtsermittlung bestimmt die Behörde bzw das Gericht aufgrund pflichtgemäßer Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles. Sachliche Anhaltspunkte für weitergehende Ermittlungen waren auch dem Sachvortrag der Klägerin nicht zu entnehmen. Allgemeine statistische Angaben als Erfahrungssätze über Einschränkungen der gesundheitlichen Leistungsfähigkeit älterer Menschen sind für die Sachaufklärung im Einzelfall unergiebig (aM Ossenbühl, Der Erstattungsanspruch gemäß § 128 AFG und anderweitige Sozialleistungsansprüche, 1991, 12 ff; Kreßel NZS 1993, 292, 295 ff). Die Gegenansicht verfehlt den erörterten Inhalt des Untersuchungsgrundsatzes, wonach die Notwendigkeit von Ermittlungen durch konkrete Umstände des Einzelfalles, nicht aber generelle statistische Erhebungen bestimmt wird. Auch der Einwand, zum Gesundheitszustand und Leistungsvermögen des früheren Arbeitnehmers könne der Arbeitgeber nach dem Ausscheiden aus dem Betrieb nicht beitragen, vermag nicht zu überzeugen. Inwieweit der Klägerin Kenntnisse über den Gesundheitszustand und anderweitige Ansprüche auf Sozialleistungen während des Bezugs von Alg zur Verfügung standen, kann auf sich beruhen. Bei Lösung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag liegt die Möglichkeit nahe, in Abreden über das vorzeitige Ausscheiden auch Auskunft- und Mitteilungspflichten ihres früheren Arbeitnehmers über Gesundheitsstörungen und anderweitige Sozialleistungen zu begründen. Abgesehen davon stehen der Klägerin ggf aus der Zeit der Beschäftigung Kenntnisse über Fehlzeiten oder Absinken der gesundheitlichen Leistungsfähigkeit zur Verfügung, die zwar nicht unmittelbar den hier maßgeblichen Bezugszeitraum betreffen, die Klägerin aber zu substantiiertem Sachvortrag befähigen, der Anlaß zur Ermittlung entscheidungserheblicher Tatsachen nach § 103 SGG, § 20 SGB X geben könnte (insoweit zutreffend Wissing NZA 1993, 385, 387). Von der Möglichkeit zu solchem Vorbringen hat die Klägerin - aus welchen Gründen auch immer - im Verwaltungs- wie im gerichtlichen Verfahren keinen Gebrauch gemacht. Die aufgezeigten Möglichkeiten machen deutlich, daß die Klägerin mit dem allgemeinen Verständnis des Ermittlungsgrundsatzes auch im Rahmen des § 128 AFG nicht zum "Objekt des Verfahrens" wird.



Auch wenn amtliche Sachaufklärung nicht von Beteiligtenvorbringen (Tatsachenbehauptungen; Beweisanregungen; Beweisanträgen) abhängig ist, begründet der Ermittlungsgrundsatz keine Pflicht von Behörden und Gerichten, Tatsachen zu ermitteln, für deren Bestehen weder das Beteiligtenvorbringen noch sonstige konkrete Umstände des Einzelfalls Anhaltspunkte liefern (aA ohne Auseinandersetzung mit der st Rspr Wissing NZA 1993, 385, 397). In diesem Sinne findet die amtliche Sachaufklärungspflicht ihre Grenze an der Mitwirkungspflicht der Verfahrensbeteiligten (st Rspr: BVerwGE 66, 237 f; Eyermann/Geiger, VwGO, 10. Aufl 1998, § 86 RdNr 10; Meyer-Ladewig, SGG, 6. Aufl 1998, § 103 RdNr 16; noch deutlicher im Sinne des dargestellten Zusammenhangs die Fassung des § 76 Abs 1 Finanzgerichtsordnung). Verfassungsgerichtliche Bedenken gegen diesen Maßstab des Ermittlungsgrundsatzes bestehen nicht. Gerade der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spricht im Interesse des betroffenen Arbeitslosen gegen seine persönliche Freiheit berührende Ermittlungen "ins Blaue hinein".

Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des LSG kann sich die Klägerin auch nicht darauf berufen, daß einer in § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 1 bis 7 AFG genannten Tatbestände vorliegt, die die Erstattungspflicht nicht entstehen lassen:

Unstreitig hat die Klägerin das Arbeitsverhältnis mit M nicht durch sozial gerechtfertigte Kündigung beendet (§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG). Der zwischen der Klägerin und M geschlossene Aufhebungsvertrag erfüllt diesen Befreiungstatbestand nicht (Urteil des Senats vom 17. Dezember 1997 - 11 RAr 61/97 - mwN; ebenso Urteil des 7. Senats vom 19. März 1998 - B 7 AL 20/97 R -). Die Einwände der Revision gegen die unterschiedliche Behandlung von sozial gerechtfertigten Kündigungen und Aufhebungsverträgen im Rahmen des § 128 AFG greifen nicht durch. Der Gesetzgeber hat bei der hier anzuwendenden Fassung des Gesetzes beachtet, daß das BVerfG gerade in der Wahl bestimmter "Formen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen älterer, langjährig beschäftigter Arbeitnehmer" ein Indiz dafür sieht, daß die Arbeitslosigkeit in den "Verantwortungsbereich des Arbeitgebers" fällt (BVerfGE 81, 156, 197 = SozR 3-4100 § 128 Nr 1). Bei Abschluß eines Aufhebungsvertrages setzt sich der Arbeitgeber nicht der Prüfung der die Kündigung sozial rechtfertigenden Gründe aus. Kann er solche Gründe anführen und damit darlegen und nachweisen, daß die Verantwortung für die Arbeitslosigkeit seines früheren Arbeitnehmers nicht ihn treffe, hat er die Möglichkeit, vom Kündigungsrecht Gebrauch zu machen. Träfe die Rechtsansicht der Klägerin zu, wäre § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG vorliegend ohnehin nicht anzuwenden; es fehlt substantiierter Sachvortrag, dem Gründe für eine sozial gerechtfertigte Kündigung zu entnehmen wären. Weitere Befreiungstatbestände macht die Klägerin selbst nicht geltend.

Auch der Höhe nach ist die Erstattungsregelung nach den Feststellungen des LSG nicht zu beanstanden.



Die verfassungsrechtlichen Bedenken der Revision aus Art 12 Abs 1 und Art 3 Abs 1 GG sind nicht begründet.

Bei der verfassungsrechtlichen Erörterung kann offenbleiben, ob die Klägerin mit verfassungsrechtlichen Argumenten gehört werden kann, die nach den Senat bindenden tatsächlichen Feststellungen des LSG nicht entscheidungserheblich sind. Insoweit wäre zu überlegen, ob die Grundsätze der verfassungskonformen Auslegung und der Teilnichtigkeit von Gesetzen dazu führen, daß eine der Verfassung entsprechende Erstattungsentscheidung auch dann gewährleistet sein kann, wenn einzelne Regelungen des § 128 AFG nicht der Verfassung entsprechen sollten. Das BVerfG hat zu § 128 AFG aF gezeigt, daß die Verfassungswidrigkeit einzelner Regelungen nicht notwendig zur Verfassungswidrigkeit der Erstattungsvorschrift im Ganzen führt (BVerfGE 81, 156, 203 ff = SozR 3-4100 § 128 Nr 1).

Entgegen der Annahme der Revision unterliegt § 128 AFG nicht grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Es handelt sich um eine Regelung der Berufsausübung, die nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG mit Art 12 Abs 1 Satz 2 GG vereinbar ist, weil die gewählten Mittel zum Erreichen des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich sind und weil bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt. Der Gesetzgeber hat von einem weiten Gestaltungsspielraum für seine arbeits-, sozial- und wirtschaftspolitischen Ziele Gebrauch gemacht. Diese Gestaltungsfreiheit ist noch größer, wenn die Regelung - wie hier - nicht unmittelbar berufsregelnden Charakter hat. Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit kann der Gesetzgeber in den Vordergrund seiner Regelung stellen (BVerfGE 81, 156, 188 f = SozR 3-4100 § 128 Nr 1). In diesem Zusammenhang hat das BVerfG aaO im einzelnen ausgeführt, daß die arbeits- und sozialpolitische Zielsetzung, "Frühverrentungen" entgegenzutreten, mit denen Personalkosten namentlich von Großunternehmen auf die Solidargemeinschaft abgewälzt werden (Entlastungsfunktion), durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist. Zur Eignung und Erforderlichkeit des eingesetzten Mittels der Erstattungspflicht hat das BVerfG hervorgehoben, die Eignung der Erstattungspflicht sei bereits dann anzunehmen, wenn durch sie der gewünschte Erfolg gefördert werde. Eine verfassungsrechtliche Beanstandung sei nur möglich, wenn das eingesetzte Mittel "objektiv ungeeignet" oder "schlechthin ungeeignet" sei (BVerfGE 81, 156, 192 = SozR 3-4100 § 128 Nr 1). Dieses Merkmal hat das BVerfG für die im wesentlichen gleichlautende frühere Regelung verneint. Für das geltende Recht kann nichts anderes gelten. Die Revision geht daher bei ihren Einwänden gegen die gesetzliche Regelung von verfassungsrechtlich nicht zutreffenden Voraussetzungen aus. Insbesondere kann sie sich nicht darauf berufen, die Klägerin werde für die Erstattung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit früherer Mitarbeiter in Anspruch genommen, obwohl sie besondere Verantwortung für die Arbeitslosigkeit nicht treffe. Die Verantwortung von Arbeitgebern hat der Gesetzgeber durch die typisierend differenzierende Regelung des



§ 128 AFG konkretisiert. Arbeitgebern ist durch die Befreiungstatbestände des § 128 Abs 1 Satz 2 und die Auffangklausel des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG insbesondere die Möglichkeit eingeräumt worden, betriebliche Belange vorzutragen und unter Beweis zu stellen, um die Erstattungspflicht - von der zeitlichen Begrenzung abgesehen - in den Grenzen zumutbarer Belastungen und der Verhältnismäßigkeit zu halten (BVerfGE 81, 156, 194 ff = SozR 3-4100 § 128 Nr 1). Damit ist die Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelung gewahrt. Die verfassungsrechtlichen Ausführungen der Revision werden der Verfassungsrechtslage nach Art 12 Abs 1 Satz 2 GG nicht gerecht.

Die Erstattungspflicht der Arbeitgeber ist auch insoweit verfassungsgemäß, als Arbeitslose - was für M nicht einmal zutrifft - von der Möglichkeit Gebrauch machen, Alg unter den erleichterten Voraussetzungen des § 105c AFG in Anspruch zu nehmen (vgl zum Folgenden Urteile vom 17. Dezember 1997 - 11 RAr 61/97 - und vom 19. März 1998 - B 7 AL 20/97 R -). Auch wenn Arbeitslose danach nicht mehr jede zumutbare Beschäftigung anzunehmen bereit sein müssen, steht ihnen Alg nur zu, wenn sie die objektiven und subjektiven Anspruchsvoraussetzungen im übrigen erfüllen. Die Rechtsansicht, eingeschränkte Arbeitsbereitschaft älterer Arbeitnehmer und eingeschränkte Vermittlungsbemühungen der BA führten zu einer nicht verhältnismäßigen Risikoverteilung zum Nachteil von Arbeitgebern (Kreßel NZA 1993, 292, 294), verkennt die tatsächlichen Verhältnisse des Arbeitslebens. Die Regelung des § 105c AFG berücksichtigt ua, daß Arbeitslosen nach Vollendung des 58. Lebensjahres "im allgemeinen kein Arbeitsplatz mehr vermittelt werden kann, der ihrer bisherigen - in der Regel durch langjährige Betriebszugehörigkeit geprägten - Tätigkeit annähernd gleichwertig ist" (Begründung des Entwurfs zum 7. AFG-Änderungsgesetz BT-Drucks 10/3923 S 21). Bestehen aber für ältere Arbeitnehmer ohnehin kaum Vermittlungsmöglichkeiten, wird deutlich, daß der Aufhebungsvertrag gerade nach langer Betriebszugehörigkeit wesentlich mitwirkende Ursache für die Arbeitslosigkeit ist. Die Frühverrentungspläne der Unternehmen kalkulieren dies ein und gehen davon aus, daß entlassene Arbeitnehmer nach einjähriger Arbeitslosigkeit mit 60 Jahren Altersrente beziehen können. Die Ansicht, bei Inanspruchnahme des § 105c AFG seien mangelnde Arbeitsbereitschaft des Arbeitslosen und eingeschränkte Vermittlungsbemühungen der BA Grund der Arbeitslosigkeit, wird der Bedeutung, die der Lösung des Arbeitsverhältnisses für die Arbeitslosigkeit zukommt, nicht gerecht. Sie verwechselt insoweit Ursache und Wirkung und ist nicht geeignet, Arbeitgeber von ihrer Verantwortung für die Arbeitslosigkeit langjähriger älterer Arbeitnehmer zu entlasten.

Die erörterte Konzeption der gesetzlichen Regelung macht zugleich deutlich, daß der Gesetzgeber die Grenzen seiner Gestaltungsfreiheit gewahrt und damit die Rechtsetzungsgleichheit iS des Art 3 Abs 1 GG nicht verletzt hat (vgl dazu: BVerfGE 75, 108, 157; 90, 226, 239; BSGE 76, 224, 227 = SozR 3-8120 Kap VIII E III Nr 5 Nr 4 f mwN).



Die Heranziehung ist auch nicht wegen Verletzung der gebotenen Anhörung rechswidrig. Die BA hat der Klägerin hinsichtlich des Erstattungsbetrages von 12.571,60 DM für den Abrechnungszeitraum vom 23. Juli bis 22. Oktober 1994 Gelegenheit gegeben, sich zu den für die Erstattungspflicht erheblichen Tatsachen zu äußern (§ 24 Abs 1 SGB X). Sie hat von dieser Möglichkeit auch mit ihrem Widerspruch Gebrauch gemacht.

Zwar ist der Anhörungspflicht nicht schon mit dem "Anhörungsschreiben" genügt, das dem Grundlagenbescheid vorausgegangen ist. Die Anhörungspflicht bezieht sich auf sämtliche für die Erstattung erheblichen Tatsachen, auch diejenigen, die die Erstattungsforderung der Höhe nach betreffen. In der Rechtsprechung ist indessen anerkannt, daß die Anhörung im Widerspruchsverfahren auch durch den Inhalt des angefochtenen Bescheids iS des § 41 Abs 1 Nr 3 SGB X nachgeholt werden kann. Voraussetzung hierfür ist, daß der Verwaltungsakt diejenigen Tatsachen enthält, die nach § 24 Abs 1 SGB X Gegenstand der Anhörung sind (BSG SozR 1300 § 24 Nr 7; BSGE 69, 247, 253 f = SozR 3-1300 § 24 Nr 4; Urteil des Senats vom 17. Dezember 1997 - 11 RAr 61/97 -). Diese Grundsätze greifen auch hier ein, obwohl der Widerspruch gegen den Bescheid vom 22. Dezember 1995 nicht statthaft war. Da dieser Bescheid innerhalb der Klagefrist gegen den sog Grundlagenbescheid vom 21. November 1994 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20. Dezember 1995 ergangen ist (Bekanntgabe am 28. Dezember 1995), ist er unabhängig vom Zeitpunkt der Klageerhebung nach dem Grundgedanken der §§ 86, 96 SGG Gegenstand des Sozialgerichtsverfahrens geworden (BSG SozR 1500 § 86 Nr 1; Meyer-Ladewig, SGG, 6. Aufl 1998, § 96 RdNr 2). Der Sache nach enthält der Widerspruchsbescheid vom 8. März 1996 ebenfalls die Erstattungsregelung, indem er den Bescheid vom 22. Dezember 1995 bestätigt. Es liegt nahe, den Widerspruchsbescheid als die maßgebliche Erstattungsregelung anzusehen, so daß die Klägerin auch durch den Bescheid vom 22. Dezember 1995 angehört ist. Die den §§ 41 Abs 2, 42 Satz 2 SGB X zu entnehmende Zäsur steht dem nicht entgegen. Der Große Senat des BSG hat bereits entschieden, ein während des Gerichtsverfahrens erlassener Verwaltungsakt, der Gegenstand des Verfahrens wird, sei geeignet, einen verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt (rechtmäßig) zu ersetzen (BSGE 75, 159, 164 ff = SozR 3-1300 § 41 Nr 7). Eine solche Verfahrenslage ist auch hier gegeben. Der Bescheid vom 22. Dezember 1995 enthält zwar nur eine Auflistung der im Erstattungszeitraum vom 23. Juli bis 22. Oktober 1994 für 79 Leistungstage zu erstattenden Leistungen der BA von insgesamt 12.571,60 DM. Das dieser Forderung zugrundeliegende Rechenwerk ist nicht mitgeteilt. Dies begründet hier jedoch nicht die Rechswidrigkeit des Erstattungsbescheids. Der Inhalt des Bescheids vermittelte der Klägerin hinreichende Kenntnisse, um sich zur Ausschöpfung ihres Rechts auf rechtliches Gehör noch weitere Tatsachenkenntnisse zu verschaffen (BSG SozR 1300 § 24 Nrn 4 und 6 mwN). Die Übersendung des Rechenwerks im einzelnen erscheint hier auch deshalb nicht geboten, weil die BA bei der Feststellung des Alg sowie der Beiträge zur Krankenversicherung wesentlich von dem Arbeitsentgelt des M ausgegangen ist, das gerade auf tatsächlichen



Angaben der Klägerin selbst in ihrer Arbeitsbescheinigung beruht (§ 24 Abs 2 Nr 3 SGB X). Implizite war dem Erstattungsbescheid - im Zusammenhang mit den vorausgegangenen Mitteilungen vom 27. Juli 1994 zum Gesundheitszustand des M - auch zu entnehmen, daß die BA davon ausging, M ständen im Abrechnungszeitraum 23. Juli bis 22. Oktober 1994 anderweitige Sozialleistungsansprüche nicht zu. Den Mitteilungen der BA an die Klägerin sind danach hinreichend Tatsachen zu entnehmen, die eine Überraschungsentscheidung ausschlossen und eine Entscheidung darüber ermöglichten, ob sie Anlaß sah, an die BA heranzutreten, um ihre Erstattungsentscheidung zu beeinflussen. Die Klägerin war damit in der Lage, ihre Interessen jedenfalls vor Erlaß des (Widerspruchs-)Bescheids vom 8. März 1996 wahrzunehmen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs 1 SGG. Dabei hat der Senat die Rücknahme von Erstattungsbescheiden im Revisionsverfahren mit einem Gesamtbetrag von ursprünglich 97.636,79 DM berücksichtigt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)